

Tegucigalpa, M. D. C.,
15 de Abril de 2011.

Oficio No. 10-SG/CDPC/2011

Licenciado

MIGUEL ALEJANDRO PON

Gerente General

Asociación de Exportadores de Café de Honduras (ADECAFEH)

Su Oficina

Estimado Licenciado Pon:

El suscrito Secretario General de la Comisión para la Defensa y Promoción de la Competencia (en adelante CDPC), tiene a bien dirigirse a Usted en atención a su nota GG-018-2010/2011 de fecha 25 de marzo del presente año, en la que comparece en su condición de Gerente General de la Asociación de Exportadores de Café de Honduras (ADECAFEH), a los efectos de responder su consulta, con la colaboración de las unidades técnicas, y en cumplimiento a lo establecido en el artículo 80 del Reglamento de la Ley para la Defensa y Promoción de la Competencia (Ley de Competencia), procede conforme:

1. Objetivo y Ámbito de Aplicación de la Ley de Competencia.

La Ley de Competencia tiene como objetivo proteger y promover el proceso de libre competencia, con el fin de procurar el funcionamiento eficiente del mercado y el beneficio del consumidor. Es aplicable a todas las áreas de la actividad económica, aún y cuando se encuentren reguladas por sus leyes especiales, reglamentos o resoluciones. Es una ley de orden público y contra su observancia no podrán alegarse costumbres, usos, prácticas o estipulaciones comerciales.

2. ¿QUÉ PRÁCTICAS PROHIBE LA LEY DE COMPETENCIA?

La Ley de Competencia tipifica las prácticas y conductas prohibidas por su naturaleza y por su efecto, respectivamente.

ARTÍCULO 5. PRÁCTICAS RESTRICTIVAS PROHIBIDAS POR SU NATURALEZA. Se prohíben los contratos, convenios, prácticas concertadas, combinaciones o arreglos **entre agentes económicos competidores o**

competidores potenciales, escritos o verbales, cuyo objeto o efecto fundamental sea cualquiera de los siguientes:

- 1) Establecer precios, tarifas o descuentos;
- 2) Restringir, total o parcialmente la producción, distribución, suministro o comercialización de bienes o servicios;
- 3) Repartir directa o indirectamente el mercado en áreas territoriales, clientela, sectores de suministro o fuentes de aprovisionamiento;
- 4) Establecer, concertar o coordinar posturas o abstenerse concertadamente de participar en licitaciones, cotizaciones, concursos o subastas públicas.

Condiciones de ilicitud de los acuerdos entre competidores.

Conforme está establecido en la Ley, este tipo de conductas o prácticas anticompetitivas se dan entre agentes competidores o competidores potenciales, por esta razón son también denominadas “horizontales” y son prohibidas per se, las que de conformidad con el artículo 6 de ley citada, son nulas de pleno derecho aún cuando no hayan empezado a surtir efectos, las que determinada su existencia, debe sancionarse a los infractores.

Este tipo de conductas son consideradas las más lesivas al proceso de libre competencia, y para determinar su ilegalidad no se requiere valorar entre otros el tamaño de los agentes involucrados, tamaño del mercado afectado, *ni sus motivaciones o justificaciones*, ni sus efectos, basta que se comprueben los supuestos que establece el artículo 5 de la Ley para determinar su ilegalidad.

ARTÍCULO 7. PRÁCTICAS RESTRICTIVAS A PROHIBIR SEGÚN SU EFECTO.

Son prohibidos por su efecto, los contratos, convenios, combinaciones, arreglos o conductas no incluidas en el ámbito del Artículo 5 de la presente ley, cuando restrinjan, disminuyan, dañen, impidan, o vulneren el proceso de libre competencia en la producción, distribución, suministro o comercialización de bienes o servicios.

Se consideran prácticas prohibidas por su efecto las siguientes:

- 1) Entre agentes económicos que no sean competidores entre sí, la imposición de restricciones concernientes al territorio, al volumen o a los clientes, así como la obligación de no producir o distribuir bienes o servicios por un tiempo determinado a un agente económico distribuidor o proveedor para revender bienes o prestar servicios;
- 2) La fijación de los precios o demás condiciones, que el agente económico distribuidor o proveedor debe observar al revender bienes o prestar servicios,
- 3) La concertación entre agentes económicos para ejercer presión contra algún agente económico con el propósito de disuadirlo de una determinada conducta u obligarlo a actuar en un sentido determinado;

- 4) La subordinación de la celebración de contratos a la aceptación de prestaciones suplementarias que por su naturaleza o con arreglo a los usos del comercio no guardan relación con el objeto de tales contratos;
- 5) La transacción sujeta a la condición de no usar, adquirir, vender o proporcionar, los bienes o servicios producidos, distribuidos o comercializados por un tercero;
- 6) La fijación de precios por debajo del costo, para eliminar a los competidores en forma total o parcial o la aplicación de prácticas desleales;
- 7) La limitación de la producción, distribución o del desarrollo tecnológico por parte de un agente económico, en perjuicio de los demás agentes económicos o los consumidores;
- 8) El otorgamiento de condiciones favorables por parte de un agente económico a sus compradores con el requisito de que sus compras representen un determinado volumen o porcentaje de la demanda de aquellos;
- 9) Cualquier otro acto o negociación que la Comisión considere restrinja, disminuya, dañe, impida o vulnere el proceso de libre competencia en la producción, distribución, suministro o comercialización de bienes o servicios.

Para este tipo de prácticas la ley establece que los contratos, convenios, combinaciones, arreglos o conductas que se consideren que infringen las disposiciones del citado artículo, es necesario se compruebe una participación notable en el mercado afectado del conjunto de los agentes económicos involucrados o de uno de ellos.

Este tipo de prácticas se realizan entre empresas no competidoras, es decir, entre dos o más empresas situadas en niveles diferentes del proceso de producción y/o distribución. Por tal motivo, son también denominadas de carácter "vertical". Por ejemplo, un acuerdo entre un fabricante y un distribuidor o entre un vendedor mayorista y uno minorista. Se presentan cuando un agente con participación notable en el mercado le indica a sus distribuidores, otorgándoselos en exclusivo, las zonas geográficas, los clientes o los períodos de tiempo en los cuales deben trabajar; o también, cuando se condiciona la venta de un producto a la adquisición de otro; o cuando de algún modo se promueve la exclusión de un competidor del mercado. Estos acuerdos tienen por objeto o efecto desplazar indebidamente a otros agentes del mercado, impedir sustancialmente su acceso al mismo o establecer ventajas exclusivas a favor de uno o varios agentes económicos. Para el análisis y valoración de las mismas es utilizada la denominada Regla de la Razón o Análisis Económico de Competencia, debiendo considerarse las eficiencias económicas ya que, de conformidad con el artículo 9 de la Ley, no restringe, daña, disminuye, impiden la libre competencia los contratos convenios, combinaciones, arreglos o conductas que generen incrementos en la eficiencia económica y el bienestar del consumidor y compensen el efecto negativo al proceso de libre competencia, obligando a que quien las alegue debe probarlas.

Condiciones de ilicitud de las prácticas restrictivas según sus efectos.

Este tipo de conductas anticompetitivas entre agentes no competidores pueden tener efectos pro-competitivos en procura de la eficiencia por lo que, para determinar su ilegalidad y perjuicio, se deben probar tres elementos:

- Que se ha incurrido en alguna de las conductas prohibidas en el artículo 7.
- Que el agente económico que comete la práctica tenga una participación notable de mercado, conforme al supuesto de hecho que establece el artículo 8.
- Que la práctica tenga por objeto o efecto desplazar indebidamente a otros agentes económicos del mercado, impedir el acceso al mismo o establecer ventajas exclusivas a favor de varios agentes económicos. Es decir, que carece de eficiencias económicas que justifiquen su realización.

3. Consideraciones sobre el Decreto Legislativo 145-2000.

Mediante el decreto legislativo anterior, se creó el Consejo Nacional del Café (CONSEJO) como el órgano encargado de formular la política cafetalera de país y asesorar al Presidente de la República en asuntos relacionados con la industria del café, el cual está integrado por once miembros, cuatro del sector gubernamental y siete representantes de las diferentes asociaciones y entidades creadas que participan en la industria del café. También lo integran el Gerente General del IHCAFE y el Director del Fondo Cafetero Nacional, quienes participan con voz pero sin voto. El artículo 5 establece las facultades y atribuciones que tiene el Consejo y entre otras destacan: 1...2...3. Acordar la creación de mecanismos de estabilización, defensa y proyección de la producción nacional del café. 4. Emitir medidas de emergencia con relación al interés público relativas al café. 5...6. Establecer la política de consumo interno de café, con el propósito de contribuir al logro de una mayor estabilidad de los precios en el mercado interno.

De la literalidad de las facultades mencionadas se desprende que las mismas no deben consistir en medidas regulatorias que restrinjan la competencia (acuerdos de precios entre competidores, restricción de la oferta, repartición de mercados geográficos, territorio o clientes, creación de barreras de ingreso o desplazamiento

de agentes económicos). Por lo tanto las políticas que adopte el Consejo en el marco de sus atribuciones deben ser encaminadas, entre otras, *a mejorar las técnicas de producción agrícolas, los métodos de clasificación, elaboración, envases, transporte, calidad del café, para lograr una mayor eficiencia económica del sector.*

4. Consideraciones Jurídicas sobre la Derogación de las Leyes.

El Código Civil en los artículos 42, 43 y 44 establece que la ley puede ser derogada total o parcialmente por otra ley y que esta puede ser expresa o tácita. Es expresa cuando la nueva ley dice expresamente que deroga la anterior. Es tácita, cuando la nueva ley contiene disposiciones que no pueden conciliarse con las de la ley anterior. Asimismo, establece que la derogación expresa puede ser total o parcial, según lo exprese la ley derogatoria. La tácita deja vigente en la ley anterior todo aquello que no se oponga con las disposiciones de la nueva ley, aún y cuando ambas versen sobre la misma materia.- Expuesto lo anterior, la Ley de Competencia en el artículo 60 derogó expresamente: 1) Los artículos 422 al 425 del Código de Comercio.

En el caso del numeral 2) estamos frente a una derogación tácita como se ha indicado; este tipo de derogación deja vigente en la ley anterior todo aquello que no se oponga con las disposiciones de la nueva ley.

5. Análisis de la Consulta Planteada.

5.1 El ACUERDO CONACAFE S. O. 100/2011 de fecha 26 de enero de 2011, emitido por el Consejo Nacional del Café (CONACAFE) consistente en un Mecanismo de Abastecimiento de Café de Consumo Interno, en el cual se establece un porcentaje de volumen de café que los exportadores, proporcionalmente a sus exportaciones, deben poner a disposición de los tostadores y/o torrefactores nacionales, y fijando un precio de L.1,925.00 por quintal de café oro; y el ACUERDO CONACAFE S. O. 104/2011 de fecha 15 de marzo de 2011, mediante el cual se aprobaron modificaciones al mecanismo de abastecimiento de Café de Consumo Interno en relación al precio, estableciéndolo en L. 2,025.00 por quintal de café, y pregunta si

estos acuerdos constituyen o se enmarcan en las prácticas o conductas prohibidas conforme lo disponen los artículos 4, 5 y 7 de la ley para la Defensa y Promoción de la Competencia.

5.2 Si considera la Comisión, que las atribuciones de una ley anterior a la entrada en vigencia de la Ley para la Defensa y Promoción de la Competencia, como es el Decreto 145-2000 que contiene la ley del Consejo Nacional del Café (CONACAFE), en la que se faculta a dicho Consejo establecer la política de consumo interno de café con el propósito de contribuir al logro de una mayor estabilidad de los precios en el mercado interno, quedó derogada o no, en aplicación a lo dispuesto en el artículo 60, numeral 2 de la Ley para la Defensa y Promoción de la Competencia.

6. Consideraciones previas.

6.1 . El café es un producto altamente transable. Las exportaciones tienen un alto peso en las ventas del sector. Se estima que más del 95% de la producción nacional de café se exporta a otros países del mundo y aproximadamente 4.6% se destina para el consumo interno (año cafetero 2010-2011).

6.2 . A lo largo de la cadena de valor se pueden observar dos etapas esenciales: la primaria (cereza madura, pergamino, café oro) y la de transformación, que incorporan distintos valores agregados (café tostado, torrefactado, molido, descafeinado, líquido, etc.).

6.3 . La estructura del mercado del sector está compuesta por los productores, intermediarios, exportadores, tostadores-torrefactores y consumidores finales.

6.4 . Los precios de compra al productor están definidos mediante una fórmula que toma como referencia el cierre de la Bolsa de Café, Azúcar y Cacao de Nueva York del día de la venta o fijación según el mes de embarque declarado en el registro.

6.5 . En la actualidad, existe a nivel mundial un desfase entre la oferta y la demanda de café, lo cual genera presiones hacia el alza en el precio internacional del grano.

6.6 . Dichos desfases han generado incentivos para que el café que normalmente se destina para el consumo interno (generalmente de menor calidad), se reoriente al mercado externo a un precio mayor al que se vende en el mercado doméstico e inferior al precio del café que se destina a la exportación.

6.7 . El Gobierno está advirtiendo un posible desabastecimiento del café para el mercado interno, a propósito de la demanda que se observa en varios países productores de la región, como consecuencia del desfase a nivel internacional que provocó un desabastecimiento de sus respectivos mercados domésticos.

7. Consideraciones sobre los puntos consultados.

7.1 . Sobre lo alcances del artículo 4 de la Ley para la Defensa y Promoción de la Competencia. El contenido de esta norma versa sobre las personas que está sometidas a la Ley. Así, literalmente prescribe que: *“Están sometidas a la presente ley todos los agentes económicos, o sus asociaciones, ya sean personas naturales o jurídicas, órganos o entidades de la administración pública, municipal, industriales, comerciales, profesionales, entidades con o sin fines de lucro, u otras personas naturales o jurídicas que, por cualquier título, participen como sujetos activos en la actividad económica dentro del territorio de la República de Honduras. También se consideran agentes económicos sometidos a la presente ley las agrupaciones de profesionales, tengan o no personalidad jurídica”*.

A la luz de una interpretación literal se advierte quienes están sometidos a la Ley, en ese sentido la norma es clara y no debiera prestarse a ningún tipo de duda respecto a la responsabilidad en que pudieran incurrir todos o algunos de los agentes económicos que participan en la cadena de producción, transformación, distribución, suministro o comercialización del café, incluyendo las organizaciones en que están agrupados los distintos agentes económicos.

7.2 En ese contexto es preciso advertir que una opinión previa respecto a un acuerdo de precios, en principio, sólo es posible hacerlo respecto a su objeto y la intención que se persigue con el acuerdo. Sin embargo, ello no sería posible respecto a los efectos que pueda provocar un acuerdo de precios en el proceso de libre competencia y en el bienestar de los consumidores. Para las prácticas prohibidas según su efecto, sería improcedente emitir un juicio previo sobre un acuerdo de precios del que no se conocen sus repercusiones en el mercado y en el bienestar de los consumidores.

No está demás mencionar que la Ley sanciona con invalidez jurídica los contratos, convenios, prácticas concertadas, combinaciones o arreglos entre agentes económicos competidores o competidores potenciales, escritos o verbales, que tengan por objeto, cualquiera de las cuatro conductas restrictivas de la competencia comprendidas en el citado artículo 5 de la Ley. En otras palabras, son nulos de pleno derecho. En ese sentido, tienen un carácter incontestable una vez que se haya determinado la existencia del acuerdo, la práctica concertada, combinaciones o arreglos restrictivos del proceso de libre competencia, aún cuando éstos no hayan empezado a surtir efecto.

7.3 Bajo ese entendido, se procurará ofrecer algunas consideraciones sobre los alcances que se persiguen con dichos acuerdos y lo que se establece en la Ley para la Defensa y Promoción de la Competencia. El análisis debiera considerar el contexto económico, la naturaleza del acuerdo, así como, la determinación de si existe una coordinación de conductas que busquen vulnerar el proceso de libre competencia. En otras palabras, evaluar, ex ante, el objeto del acuerdo y sus mecanismos de actuación, la relación competitiva entre las partes (horizontal o vertical), el efecto esperado del mismo en el proceso de libre competencia y el impacto en el bienestar de los consumidores. De ahí que, a primera vista se observe lo siguiente:

- a) Según lo señalado por el peticionario, el acuerdo establece un porcentaje de volumen de café que los exportadores, en forma proporcional a sus exportaciones, deben poner a disposición de los tostadores y/o torrefactores nacionales, y fijando un precio de L.1,925.00 por quintal de café oro. El ACUERDO CONACAFE S. O. 100/2011 y ACUERDO CONACAFE S. O. 104/2011, refieren que los mismos tienen como objeto crear un Mecanismo de Abastecimiento de Café de Consumo Interno para el año cafetero 2010/2011, en el que se describen los siguientes elementos: **Necesidades de Materia Prima** (cuotas); **Participantes** (exportadores, tostadores y torrefactores); **Patrón de Calidad** (libre); **Precio** (L. 1,925.00 por quintal de café oro, si el precio internacional está entre US\$ 230.00 y US\$ 250.00); **Modificaciones al Precio** (L.2,025.00 por quintal de café oro de inferior calidad) y; **Prohibiciones** (se prohíbe la exportación de café molido y tostado de café de inferior calidad).
- b) De la lectura se entiende que el objeto de tales acuerdos es establecer un mecanismo que asegure el abastecimiento de café para el mercado de consumo

interno, en un contexto en el que existen a nivel internacional desfases entre la oferta y la demanda de café, lo cual ha presionado hacia el alza el precio internacional del grano y en consecuencia podría afectar el mercado interno.

- c) Que para garantizar tal propósito, se busca restringir el comercio exterior al establecerse una cuota del 4.6% sobre el volumen de exportación, misma que serviría para garantizar el abastecimiento del mercado interno y en consecuencia, se prohíbe la exportación de café molido y tostado de café de inferior calidad.
- d) De igual forma, se fijan los precios de venta de los exportadores a los torrefactores. Sobre este extremo, no podemos dejar de mencionar que los precios revelan una información económica fundamental para los distintos agentes económicos que interactúan en el mercado al medir la escasez o la abundancia relativa de los bienes y servicios, lo cual mediante dicha fijación estarían siendo distorsionados.
- e) El convenio tiene características tanto horizontales, al fijar un precio entre los exportadores, y verticales al entender que es un acuerdo en el que participan el CONACAFE como ente rector de la política cafetalera del país, el sector exportador y transformador como agentes económicos independientes que forman parte de la cadena de valor del café y el IHCAFE como ente encargado del seguimiento y la supervisión del mecanismo aprobado.

8. Consideraciones finales

8.1 Los acuerdos de precios de conformidad con la legislación de libre competencia, pueden constituirse en instrumentos para falsear los principios de libre mercado.

8.2 No obstante, la Ley de Protección al Consumidor contiene normas en las que se faculta a la autoridad de aplicación para determinar precios máximos de venta, ante dos tipos de causales. La primera ante casos fortuitos o de fuerza mayor, y la segunda, ante casos de situaciones de mercado en régimen monopolio u oligopolio.

8.3 La legislación de competencia contiene procedimientos de oficio o instancia de parte para instruir las investigaciones pertinentes por presuntas prácticas restrictivas y prohibidas de la competencia.

8.4 En una evaluación previa de los mencionados acuerdos de precio tomados en el marco de CONACAFE, se puede decir que su objeto, *prima facie*, no busca como fin

fundamental restringir el proceso de libre competencia. Al parecer, los acuerdos buscan evitar un posible desabastecimiento del mercado por el mencionado desfase internacional entre la oferta y la demanda de café. En otras palabras, se trata de una medida temporal encaminada a controlar las fluctuaciones desproporcionadas de los precios o acumulaciones de posiciones especulativas, con el propósito de garantizar un abastecimiento de café de consumo interno.

8.5 En breve, se advierte que si bien es cierto, a primera vista, no se observa que el objeto de los acuerdos de precios sea con la intención de restringir el proceso de libre competencia y afectar a los consumidores; también lo es, el hecho de que esta opinión es sin perjuicio de que de oficio o a instancia de parte se pudiera evaluar el efecto en el proceso de libre competencia y en el bienestar de los consumidores. En cualquier caso, la instrucción de un expediente sobre investigación de prácticas restrictivas de la competencia debe contener los indicios suficientes de que trata de una conducta restrictiva y prohibida de la libre competencia.

8.6 Con respecto al segundo punto de la consulta sobre la vigencia de una de las atribuciones contenidas en el Decreto 145-2000 que crea el Consejo Nacional del Café (CONACAFE), en relación con la norma sobre derogación tácita que se establece en el artículo 60 numeral 2) de la Ley de Competencia, sólo podría interpretarse que opera una derogación tácita, sí y sólo sí, la mencionada atribución se opone a la ley, en el sentido de que el propósito fundamental de lo prescrito en el numeral 6) del artículo 5 del Decreto 145-2000 fuese para restringir el proceso de libre competencia y afectar el bienestar de los consumidores.

Ahora bien, cuando se prescribe que CONACAFE puede “*Establecer la política de consumo de café, con el propósito de contribuir al logro de una mayor estabilidad de los precios en el mercado interno*”, somos del parecer, salvo mejor criterio, que *prima facie* no opera la mencionada derogación tácita, ya que tal propósito se puede alcanzar mediante mecanismos válidos, tales como: un aumento de la oferta, un mayor rendimiento por hectárea por parte del productor, mejoras en la eficiencia de la comercialización, etc.

8.7 No obstante, resulta pertinente advertir a todos los agentes económicos involucrados en el mercado de café, sobre la posibilidad de realizar actividades presuntamente restrictivas utilizando indebidamente las facultades que les otorga, en este caso, el Decreto 145-2000. En particular, podrían citarse las presuntas restricciones de la competencia, o comportamientos que debieron haberse ajustado a la ley de Competencia en los primeros seis (6) meses a partir de su vigencia (04 de febrero de 2006).

En ese orden, resulta recomendable llamar la atención a todos los agentes económicos involucrados en el mercado del café, sobre el riesgo en que se encuentran respecto a la suscripción de ese tipo de acuerdos de precios y volumen, ya que, dependiendo de su objeto y/o efecto puede constituirse en instrumentos para falsear los principios de la libre competencia.

8.8 Las mencionadas medidas dictadas por CONACAFE, como ya se ha expuesto antes, tiene como objeto reaccionar ante la coyuntura actual que atraviesa el mercado de café. En ese sentido, se ha recurrido a este tipo de mecanismos de controles de precios y volúmenes, bajo el argumento de que con ello se introduce transparencia a las relaciones de los agentes económicos participantes. Sin embargo, se recomienda como absolutamente necesario, a partir del año cafetero (2011-2012) que la determinación de los elementos principales del acuerdo (precio, volumen, etc.), para el mercado interno, sean negociados de forma independiente entre los distintos agentes económicos que conforman la estructura del mercado.

Es oportuno advertir que la presente opinión no tiene efecto vinculante y la misma ha sido emitida a requerimiento de la Asociación Hondureña de Exportadores de Café (ADECAFEH), en consecuencia la Comisión, está facultada para investigar mediante denuncia o de oficio la conducta o comportamiento de los agentes económicos, sus asociaciones en el desarrollo de sus actividades comerciales en cualquier sector económico. Lo anterior de conformidad a lo establecido en el artículo 80 del Reglamento de la Ley de Competencia.

Sin otro particular, me es grato suscribirme de Usted con las muestras de mi mayor estima y consideración.

JUAN ÁNGEL DÍAZ LÓPEZ

Secretario General

Cc:Arch

Cc: Exp 102-C-3-2011.